IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR DON LVYS DE MESA Y CASTILLA,

MARIDO DE D. ANA DE ESPINOSA CALDERON.

EN EL PLEYTO

CON

DON LVYS BENITEZ de el Hoyo, Cauallero de el Orden de Santiago, marido de D. Angela de Espinosa Calderon. Y con Don Christoual de Salazar y Frias, marido de D. Ynes de Espinosa y Calderon, y los Estrados de esta Real Audiencia en su nombre;

TODAS TRES

Hijas y herederas de el Capitan Antonio de Espinosa, y Doña Maria de Abarca su muger.

N.1. PRETENDE Don Luys de Mesa por su muger, que se ha de reuocar la sentēcia de la Audiencia de Canaria en lo prejudicial, y que se ha de mandar hazer la particion de los bienes de Antonio de Espinosa y su muger, diuidiendolos entre todas tres igualmente, y que para este efecto han de traer a colacion, y particion Dō Luys Benitez y su muger todo lo que han recebido por titulo de dote, y por otro qualquiera con los frutos, por lo menos desde el dia de la contestacion de la demanda de este pleyto.

2 A esta pretension se reduzen todas las questiones, y dudas de este pleyto; y aunque se ha hecho memorial de el (que no es poco se aya podido hazer de modo que se entiēda) todavia en el discurso de este papel se aduertirán con toda puntualidad algunas cosas, que no estan en el memorial, y aduertiremos otras en q̄ no ay en el toda claridad, procurandola en todo, porque realmente en este pleyto, plus facto, quam iure laboramus.

3 Diuidiremos este Discurso en quatro Articulos. En el primero fundaremos, que el vinculo hecho por Antonio de Espinosa, por si, y en nombre, y en virtud de el poder de sus hijas, se debe guardar y cumplir en todo, y que con el quedaron vinculados todos los bienes comprehēdidos en la escritura de el dicho vinculo, sin que se pudiesse alterar, ni reuocar despues, aunque huuiesse precedido el conuenio dotal que pretende Don Luys Benitez.

4 En el segundo, que Antonio de Espinosa despues de el dicho vinculo, ni antes por via de dote, no pudo hazer mejora en fauor de sus hijas, y las que pretendiò hazer fueron nullas, y assi que todas tres han de suceder igualmente en todos los bienes sin mejora, ni desigualdad alguna.

5 En el tercero, que Doña Angela, y Doña Ynes han de traer a colacion y particion todo lo que han recebido de bienes del dicho Antonio de Espinosa con fructos y rentas, por lo menos desde el dia de la contestacion de la demāda, para que por su justo precio y valor se junte con la demas hazienda, y se diuida todo igualmente.

6 En el quarto, que es cierto, y está probado, que demas de los bienes contenidos en la carta de dote de Don Luys Benitez,

nitez, recibiô otros diez mil ducados que ha de traer a colacion y particion con los demas bienes que ha recebido: y en particular Doña Ynes dos partidas, que montan nouenta y vn mil reales de plata y oro.

7 Antes de entrar a la disputa de estos Articulos, suponemos dos cosas constantes en el pleyto. La primera, que todos los bienes que quedaron por fin y muerte de Antonio de Espinosa, y los que auia dado a Don Luys Benitez en dote con Doña Angela Abarca su hija, estauan indiuisos y por partir entre ellas, como hijas y herederas de Doña Ana de Abarca su madre (que no parece aya muerto con testamento) y Antonio de Espinosa su padre. La segunda, que no se sabe ni consta de los autos si tuuieron capital conocido Antonio de Espinosa y su muger: de modo que conforme a esto se han de tener estos bienes por comunes por mitad entre marido y muger, y sus hijas por ella como sus herederas, *iure nostro Regio*, ex. l. 1. tit. 9. lib. 5. Recopilat. *licet aliud fuerit iure communi*, ex. l. quintus, D. de donat. l. etiam, C. eodem tit. l. 2. tit. 14. part. 3. Couarr. cap. 1. de test. am. n. 6.

8 De aqui resulta, que en lo que tocare a la madre de las litigantes, que es la mitad de toda la hazienda, como queda dicho, en esto no pudo el padre hazer mejora alguna, y assi en la particion que se huuiere de hazer de estos bienes, se hân de diuidir igualmente entre todas tres hijas, tanto a la vna como a la otra.

9 Y en caso que se huuiesse de executar alguna mejora de las dos que se pretende hizo Antonio de Espinosa (que no debe, como se fundarâ despues) auia de ser solo respectiuamente de la mitad de los bienes que a el pertenecierô, y no mas: y pudo vincular la parte que tocò a las hijas por la herencia y legitimas de la madre, en virtud del poder de las hijas: y en esto tampoco puede auer duda, aunque a el vinculo huuiesse precedido el côuenio dotal que D. Luys Benitez pretende auia hecho cô Antonio de Espinosa antes de la fundacion del vinculo, pues el dicho conuenio no pudo quitar a las hijas la facultad de poder vincular las legitimas de su madre, que ya las tenian adquiridas. Y assi la duda en este particular de mejora y de vinculo solo vêdrâ

a ser

a ser respecto de las legitimas del padre, no empero en las de la madre, en las quales sin duda no pudo hazer mejora, ni causar desigualdad, y pudo muy bien vincularlas de cõsentimiento de las hijas. Esto supuesto, procederemos a la disputa, y resoluciõ de los quatro Articulos propuestos.

QVOAD PRIMVM.

10 QVE el vinculo hecho por Antonio de Espinosa, por si, y en nombre, y en virtud del poder de sus hijas se debe guardar y cumplir en todo, y que cõ el quedaron vinculados todos los bienes comprehendidos en la escritura de el dicho vinculo, sin que se pudiesse altear, ni reuocar despues, aunque huuiesse precedido el conuenio dotal que pretende Don Luys Benitez.

11 El vinculo se hizo y fundò por via de donacion irreuocable por Antonio de Espinosa en fauor de tres hijas igualmente, tanto a la vna como a la otra, en 19. de Diziembre de 638. de cosas señaladas, y entre ellas la heredad de viñas en la Rambla, y vn tributo perpetuo de treinta y vna fanegas, y quatro celemines de trigo, que estas dos piezas parece estàn comprehendidas en la carta de dote que el mismo Antonio de Espinosa dio y prometiò a Don Luys Benitez en 17. de Abril de 640. años. Para que esta donacion y vinculo quedasse irreuocable, tuuo todas las qualidades y circunstancias necessarias para su irreuocabilidad.

12 Y porque todas las acciones humanas, y en particular las juridicas se gouiernan y toman ser y perfeccion de tres predicamentos, scilicet, potestad, voluntad, y solenidad, o forma: *Quia sine voluntate nihil ad finem perducitur, sine potestate nihil est reducibile, & vbi forma, & modus ad finem ordinatus non seruatur, ad finem peruenire non potest*, vt post Ciceronem, & Boerium, probat Beroius consl. 76. num. 29. volum. 1. Surdus consl. 127. num. 21. *Et secundum Aristot. omnis actus consistit in potentia, voluntate, & forma*, vt traddit Salgadus de Reg. protect. cap. 13. nu. 7. part. 4. todas tres perfectissimamente interuinieron en la Escritura de esta donacion, y vinculo.

13 Lo primero, en quanto a la potestad, la tuuo Antonio de

de Espinosa plenissima: porque para en quanto a la parte que de estos bienes tocare a Doña Maria de Abarca, madre de las litigantes, tuuo poder de ellas para poderlas vincular, que està en el pleyto, fol. 3. y ellas no ay duda que pudierõ vincular los bienes que ya auian heredado de su madre, y aunque a el padre le tocaua la administracion y vsufructo, por efecto de la patria potestad, de mas de auerlo reseruado para si Antonio de Espinosa, el tambien por si, y por lo que le tocaua hizo y fundô el vinculo: de modo que todos los dueños de los bienes interuinieron en la dicha fundacion.

14 En quanto a la parte que tocaua a Antonio de Espinosa, tampoco tiene duda, porq̃ en quanto a el tercio y quinto de sus bienes, pudo disponer de ellos entre sus hijas como quisiesse, y ponerle grauamen a su voluntad, ex l. 27. Tauri, & virtute mandati, que le auian dado para ello las hijas, pudo vincular las legitimas.

15 Contra esto pretende Don Luys Benitez, que antes de esta fundacion auia Antonio de Espinosa capitulado con el, y prometidole en dote con su hija los mismos bienes cõtenidos en la escritura dotal, y que se hizo la cedula presentada en este pleyto, fol. 91. en que se obligô a que si por su parte, y de su hija no quisiere casarse con Don Luys dentro de año y medio, le pagaria seys mil ducados de pena, y a ello obligò su persona, y que tiene probado con testigos, q̃ le prometio de dar en dote los mismos bienes de la carta de dote. Y que con esto no pudo su suegro despues grauar los bienes dotales con el vinculo, ni quitarle con ello la libre administracion de estos bienes, maximê siendo por via de dote, con lo qual dize que se contraxo hypoteca tacita en sus bienes para el cumplimiento de esta promessa, l. ad exactionem. C. de dotis promiss. l. 11. tit. 11. part. 4. cũ alijs. Con que pretende que se halla acreedor anterior, y de mejor derecho que el adquirido por la donacion, y fundacion del vinculo, ex tradditis à Gribelio decis. 133. y por necessaria consequencia quedô impedido Antonio de Espinosa, y sin potestad para hazer acto perjudicial a la dicha promessa. Noguerol alleg. 37. num. 3. Dom. Castill. lib. 3. quotid. cap. 10. per totum.

 Hoc

16 Hoc enim facillimo negotio diluitur. Lo primero, porque quando se tenga por cierta la dicha promessa, y constitucion de dote (que tiene mucha inverisimilitud, pues en la cedula que queda referida no se hizo mencion de tal cosa, siendo tan facil el ponerlo en ella, ni huuo mas obligaciō que de la persona de Antonia de Espinosa) todavia quedò sugeta la dicha promessa a reuocacion, no solo expressa, sino por la tacita indicida por actos cōtrarios subsiguiētes.

17 Suponiendose que la promessa tiene embeuida en si tacitamente la condicion, *si matrimonium sequatur* l. promittendo in prin. & in §.1. D. de iure dotium. Matienço in l. 1. tit. 9. glos. 8. num. 10. lib. 5. *Neque enim dos sine matrimonio esse potest, vbicumque igitur matrimonij nomen non est, nec dos est*, l. dotis, appellatione 3. D. de iure dot. vbi glossa plura iura adducit Gratianus 5. tom. discept. foren. cap. 804. per totum, Matienço in d. l. 1. tit. 6. lib. 5. glos. 8. n. 10.

18 De aqui nace, que hasta que se cumpliò la condicion, cuius euentus dubius erat, assi porque podian morir los desposados, o alguno de ellos, o no querer casarse, y hasta que se contraxo el matrimonio, ni Antonio de Espinosa fue deudor de la dote prometida, ni Don Luys Benitez acreedor de ella, *pendente conditione non est creditor* l. sthicū, §. si quis ita. D. de verborum obligat. Anton. Fab. lib. 3. C. tit. 9. dif. 23. in fin. ni vuo contracto efectiuo, ex quo actio oritetur: *Contractum namque intelligere debemus, non cum interuenit stipulatio, sed cum vtili esse, viresque aliquas habere cœperit.* l. qui absenti. 38. §. si quis possessionem. D. de adquir. poss. *Interim tamen quod conditio pendet, ius nullum adquiritur, neque ad rem, neque in re*, Gratianus cap. 508. num. 2. *Nec valet actus conditionalis, nisi conditione existente* l. cedere diem. D. de verb. signif. l. si quis sub conditione. D. si quis omissa cau. test. *Et paria sunt nihil fieri, vel fieri sub conditione quæ non purificatur*, Rolandus â Valle cons. 58. num. 14. & seqq. lib. 3. todo lo qual procede tam in conditione expressa, quâm in tacita, Baldus cons. 470. lib. 1. Alex. cons. 145. lib. 2. & cons. 42. & 46. lib. 7. *Quia conditio formam quandam inducit specifice adimplendā, qua deficiente nullus est actus*. l. qui hæredi 44. l. Mæuius 55. D. de condit. & demonstrat. textus indiuidualis in l. 4. §. huius rei. D. de pactis, ibi: *Et nuptijs non*

B *sequutis*,

sequutis, ipso iure euanescit stipulatio l. hoc iure. D. verb. obli. plura Tiraquel. de retractu consangui. §. 1. glos. 21. n. 13. & de conuentionali. §. 2. glos. vnica, num. 3. in fin. & in tract. cessante causa, limit. 1. num. 60. & 61. Dominus Castillo lib. 4. quotid. cap. 25. num. 9. & 10. & lib. 6. cap. 119. nu. 5. & 6. cap. 121. n. 46.

19 El cumplimiento de esta condicion pendia de la voluntad de Don Luys Benitez, y de Doña Angela de Espinosa, que auian de contraer el matrimonio: y aunque realmēte se contraxo y cumpliò la condicion, fue a tiempo que ya estaua hecho el vinculo, y la donacion irreuocable con todas las clausulas necessarias para la irreuocabilidad: porque demas de que el padre la hizo con expressa irreuocabilidad, y con obligacion de su persona y bienes de no reuocarla, que esto bastaua para quedar irreuocable, Molina lib. 4. de Hispan. primog. cap. 2. num. 40. & 45. vbi addit Morquecho de diuis. bonorum, lib. 2. cap. 6. num. 5. alter Molina disput. 586. Dom. Castel. tom. 5. quotid. cap. 8. nu. 6. le puso dos clausulas con que quedò irreuocable. La primera, con entrego de los bienes, cō clausula de constituto, que obra lo mismo que el entrego real para este efecto, q̄ es el que requiere la ley 17. de Toro para que no se pueda reuocar, in terminis fundationis maioratus, que se haga irreuocable con la clausula de constituto, como si interuiniesse real tradicion, Dom. Molina lib. 4. de Hispanorum primog. cap. 2. num. 4. & seqq. vbi additionatores, ex Gregor. Gometio, Tello, & alijs pluribus traddit Matienço in l. 1. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 4. num. 16. Cifuentes in l. 17. Tauri, vbi Castellus num. 41. Angulo de meliorat. in l. 1. glos. 8. num. 3. Y esta donacion que hizo Antonio de Espinosa se tiene conforme a la ley 26. de Toro por quenta de mejora de tercio y quinto en lo que cupiere, aunque no se diga en la donacion: quanto mas que en ella se repite, y la llama mejora el mismo que la haze, con que se reconoce, que su volūtad fue de hazer mejora: *Verba enim*, vt inquit Aristo. *sunt signa conceptum*. La segunda clausula es la reseruacion de el vsufructo, que tambien haze irreuocable la donacion. l. quisquis. l. argentum. §. siquidem, Cod. de donat. Molina in terminis dict. cap. 2. num. 9. copiosè Anto.

Gomez

Gomez in dict. l. 17. nu. 15. verſ. *Sed his non obſtantibus*, vbi Tellus num. 17 Molina de primog. dict. cap. 2. nu. 4. & 9. vbi addic. tambien eſta donacion y mejora tiene clauſula irritante, como conſta de el pleyto, fol. 7. ibi: *Y me obligo que no la reuocarê por eſcritura, ni teſtamento, codicilo, ni en otra manera, y qualquier eſcritura que haga deſpues deſta en razon de eſtos bienes, quiero ſea en ſi ninguna, ſaluo eſta, que quiero ſe guarde y cumpla inuiolablemente.* Eſta clauſula quita omnimodamẽte la poteſtad de hazer acto contrario, y cauſa nulidad en el q̃ ſe hiziere, cap. ſi eo tempore, de elect. lib. 6 cap. 1. verſ. *Adijciebatur*, de conceſs. præbend. eodem lib. Gratianus diſcept. foren. 283. num. 5. & 9. & eſt nullus ipſo iure, etiam parte non opponente, Mariſcotus lib. 2. variarum reſolut. cap. 38. Gomez de gratijs, & ſpectatiuis, num. 18. & 19.

20 De modo que ſegun la pretenſion de la otra parte, primero ſe hizo la promeſſa de la dote, luego el miſmo Antonio de Eſpinoſa hizo la donaciõ, y fundò el vinculo irreuocable con las clauſulas que quedan referidas, y luego ſe ſiguiò el cumplimiento de la condicion.

21 Y quando Don Luys Benitez pretenda que ſe ha de hazer retrotraccion a el tiempo de la promeſſa de dote, para darle anterioridad a la donacion, para quitar la poteſtad a Eſpinoſa de poderla hazer: le obſta a eſta el medio que ſe interpuſo, que impide la retrotraccion, para la qual no ſolo ſe requieren los dos eſtremos habiles (en que tambien huuo defecto, vt infra num. 23. dicetur) ſino que no aya medio que la impida: *Quia quando datur aliquis actus medius, qui impedit coniunctionem extremorum, non fit retrotractio*, Bart. in l. ſi is qui pro emptore, D. de vſucap. Antonius Faber lib. 8. C. tit. 8. def. 1. num. 13. in allegat. Surdus deciſ. 189. & 245. num. 8. Mantica de tacitis, & ambig. conuent. lib. 11. tit. 22. num. 17. y aunque la retrotraccion *eſt quædam fictio, qua actus ſuſpenſus, ob aliquam conditionem ſuperueniente complemento ipſius, fingitur tanquam ſi actus ab initio factus eſſet purè, hoc intelligitur quoad ipſum cuius reſpectu fingitur, nõ tamen operatur quoad tertium*, Zabarela conſ. 105. num. 13. & ſeqq. *Vbi quod ſi inter duo extrema cadit actus diuerſus, non eſt locus retrotractioni, vel ſaltim non præiudicat actui medio tempore facto*, Caſtrenſ. conſ. 248. lib. 2. num. 4. verſ. *Illud autem: Retro-*

tractio

tractio siquidem impeditur, etiam in casibus in quibus aliàs locum haberet, quando medio tempore ius alij est adquisitus l. penult. D. rem ratam haberi. Faber lib. 4. C. tit. 34. dif. 5.

22 Y aunque en esta materia de contractos condicionales se haze la distincion de las condiciones que son causales, o mixtas, y de las potestatiuas: *Cuius complementum pendet à mera voluntate debitoris*, y en las otras *à casu*, que puede, o no suceder, que llamamos contingentes, *quæ possunt adesse, & non adesse*, en estas como no está en mano del deudor el arrepentirse, ni el cumplimiento de la condicion, *& pendet à fortuna*, tampoco ha de estar en su mano el hazer algũ acto medio conque prejudicar a el contracto antecedente. Y en estos terminos habla la decision 105. de Gribelio n. 29. y de Farin. en las posth. tom. 2. decis. 539. en las quales non fit retrotractio: empero en las potestatiuas que estan en voluntad de el deudor el cumplirlas o no, y que libremẽte le queda potestad para darle perfeccion a el contracto, o no darsela, no se haze la retrotraccion, porq̃ de el mismo modo que pudo arrepẽtirse de el mismo contracto, puede no cumplir la condicion, vt infra dicetur, y con esta distincion hablan los Doctores, y textos de la materia, y asi se han de entender.

23 En los pactos dotales se dize y funda bien, que la condicion, *si sequatur matrimonium*, es potestatiua, *quæ pendet libere à mera voluntate contrahentium*, los quales aunque ayan interuenido esponsalias de futuro, pueden no querer contraer el matrimonio: *Quod liberè contrahendum est ad quod, nec compelli possunt sponsi, sed monendi, etiam si interuenerit iuramentum in sponsalibus*. Latè Pater Thomas Sanchez de matrimonio, lib. 1. disputat. 29. num. 7. & 8. & 10. vbi plura iura, & DD. allegat. De que resulta, que no se puede retrotraer el acto de el cumplimiento de la condicion ad tempus promissæ dotis en perjuyzio de los acreedores, o actos intermedios, vt ex Negusantio, Nouelo, Ponte, Caualcano, Pacifico, & Barbosa, cantra Gribellium, traddit Stepha. Gratian. cap. 804. per totum, præcipuè num. 15. & 19. ibi: *Quidquid tamen sit de prædictis, quæ per modũ disputationis possunt deseruire, non est discedendum in praxi ab opinione prius firmata, quod huiusmodi hypotheca non retrotrahatur ad tempus promissionis dotis, nisi*

tunc existeret matrimonium, tanquam talis promissio dotis non subsistat, antequam nuptiæ cõtrahantur, ex qua promissione nulla principalis actio dotis debet dari. l. plerumque, de iure dot. &c. Y en este lugar alega y impugna otra decis. 133. de Gribellio.

24 Y aũq el P. Thomas Sáchez lib. 5. de matrim. disp. 6 n. 8. auiendo resuelto que las esponsalias y matrimonio se suspenden, si se contraxeron aliqua honesta conditione, dize que esto se ha de entender de tal modo que ninguno de los contrayentes pueda poner impedimento a el cumplimiento de la condicion: y la ley iure ciuili 24. de conditio & demonstr. que quando stat per eum cuius interest, quominus impleatur, habetur pro completa. Dñs Larrea alleg. 24. n. 29. Esto no se aplica a nuestro caso, porque se entiende entre los contrayentes que ponen impedimento al cumplimiento de la condicion: at in casu nostro no huuo sponsalias, porque no interuino en la dicha promessa Doña Angela, y ella no quedò obligada a cosa alguna, y pudo libremente no querer casarse con Don Luis, y poner impedimẽto a la condicion, ni se podia tener por cumplida, imbibita in promissione dotis, mientras realmente no se efectuasse el matrimonio, sin el qual no ay dote.

25 Y en los mismos terminos de dote prometida es lugar expresso el de Bartulo in l. assiduis nu. 5. C. qui potiores in pign. habeantur. Barbosa in l. 1. 3. p. n. 34. versic. Postremò, D. solut. matrim. ibi: *Tacitam hypothecam induci, tam in dote data, quàm promissa, intelligendum est quod in dote promissa quoad effectum prælationis, non attenditur tempus promissionis, sed potius tempus contracti matrimonij.* Y esto claro està que es porque no se puede hazer, ni se haze la retrotraccion en perjuyzio de los derechos intermedios, ex supra traditis: maximè, que estuuo en la facultad de Antonio de Espinosa, conforme a la cedula, el no querer que tuuiesse efecto el matrimonio, y pagar la pena, que es a lo que se obligò en caso q̃ no se efectuasse. Vbi autem pœna præstatur, tunc proculdubio sublata manet principalis obligatio, vt ex l. 1. D. de nouationib. & §. præterea, inst. quib. mod. tol. oblig. traddit Pichard. de mora n. 182.

26 Lo segundo, en quanto a la voluntad de todos los interesados en la fundacion del vinculo y donacion, clara està y

cui-

 542

euidente con el poder de las hijas, y con la escritura otorgada por el padre: que dize la haze de su gracia, y espontanea voluntad.

27 Lo tercero, en quanto a la solemnidad tiene todos los requisitos necessarios de irreuocabilidad, con obligacion de persona y bienes, para no poderla reuocar, clausula de constituto, y reseruacion de vsufructo, ex tradditis supra num. 19. y con clausula irritante.

28 Y vltimamente en la competencia entre la promessa q̃ Don Luis Benitez pretende le hizo su suegro, y la donació vinculada que hizo a las hijas con entrego por la clausula de constituto, y reseruacion de vsufructo, que obra lo mismo que el entrego Real, respecto de que por ella se transfiere la possession, se debe preferir esta vltima. l. quoties C. de rei vend. l. 50. tit. 5. partit. 5. Cobb lib. 2. variar. cap. 19. Gaspar Thesaur. lib. 4. foren. q. 54. etiam aunque sea el segundo acto de donacion, vt erudite traddit Antonius Faber de erroribus, decad. 85. errore 9. tom. 4. maximè que se hizo con poder y consentimiento de las hijas, vt infra dicetur in Articulo 2. num.

29 Todo lo que queda referido, para en quanto a la parte q̃ toca a Doña Ynes, no tiene duda alguna, supuesto que no ay, ni se propone causa ni razon para que con ella no proceda el vinculo, antes ella y su marido siguieron la misma pretension que nuestra parte, hasta que estando muy adelãte el pleyto, se compuso con Don Luis Benitez, por escritura, en que se pusieron pena de dos mil ducados vno a otro si se compusiessen con nuestra parte, como consta del pleyto fol. 256. Y nunca hasta aora ha hecho contradicion a esta pretension, ni alegado cosa en esta Real Audiencia, y en su rebeldia se han seguido los autos con los Estrados.

30 Sed quid ergo immoramur? En las dos sentencias de Canaria se manda guardar el vinculo, sin que ninguna de las partes aya apelado desto: conque aun no era menester todo lo que queda referido.

QVOAD

QVOAD SECVNDVM.

QVe Antonio de Espinosa no pudo hazer mejora en fauor de sus hijas, y las que pretendio hazer fueron nullas, y assi que todas tres han de suceder igualmente en todos los bienes sin mejora, ni desigualdad alguna.

31 Pero quando (sine veritatis præiuditio) el vinculo y donacion hecha por Antonio de Espinosa, no obrasse efecto alguno, en quãto a quedar vinculados los bienes q̃ D. Luis Benitez dize le prometio su suegro en dote (en q̃ en mi sentir no parece que puede ser oydo, supuesto que la sentencia està consentida) adhuc tamen, y quando no quedâran vinculados, pretendemos bien que todas tres hijas han de suceder a su padre (a la madre no tiene duda) igualmente por diferentes medios.

32 El primero que comprehende a Doña Angela es, que quanto quier sea cierta la promessa que Don Luis pretende le hizo Antonio de Espinosa antecediente a el vinculo, y la que le hizo por escritura despues, por este medio no pudo el padre prometer, ni dar a la hija por via de dote mas de aquella cantidad que le podia pertenecer por legitima, ni mejorarla por este medio prohibente. l. 1. tit, 2. lib, 5. recopil. que es la de Madrid, en que aduertimos aquellas palabras: *Ninguno puede dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda mejorada, tacita ni expressamẽte, por ninguna manera de contracto entre viuos.* Aquella negatiua, *Ninguno*, que precede al verbo *Pueda*, adimit, & excludit potentiam omnem, Suidus conss. 364. nu. 14. y quita la possibilidad in facto, como si huuiesse clausula irritante, Stephanus Gratianus decis. 51. n. 6 & seqq. De modo que esta promessa hecha a Don Luis antes y despues del vinculo, tiene nullidad, & reputatur tanquam si non fuisset facta ex defectu potestatis, que es el principal predicamento que dâ ser y existencia a los actos, ex supra tradditis, in terminis D. Larrea decis. 36. in princip. Baeça de non meliorandis, cap. 33. n. 6. Y esta ley de Madrid, y su prohibició procede aunque no aya hijo varon, sino todas hembras, como en nuestro caso, ex tradditis à Baeça cap. 6. n. 5 & seqq.

33 El ſegundo que comprehende ambas hermanas, es y nace de la dicha donacion, la qual tiene implicito, y ſe ha de entender hecha por via de mejora de tercio y remaniente de quinto, aunque no ſe dixeſſe en la donacion, por la ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 5. recop. que no emos podido eſcuſar de ponerla a la letra por ſer deciſiua de eſte articulo. Dize pues la ley: *Si el padre, o la madre en teſtamento, o en otra qualquier vltima voluntad, o por otro algun contracto entre viuos fizieren alguna donacion a alguno de ſus fijos o deſcendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entiendaſe que lo mejoran en el tercio e quinto de ſus bienes, y que la tal donacion ſe quente en el dicho tercio e quinto de ſus bienes en lo que cupiere, para que a el ni a otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio e quinto: e ſi de mayor valor fuere, mãdamos que vala haſta en la cantidad del dicho tercio e quinto, y legitima de lo que debian auer de los bienes de ſu padre y madre, y abuelos, y no en mas.* Vbi Tauriſtæ, & omnes Regnicolæ. Y aſsi la donacion hecha por Antonio de Eſpinoſa a ſus tres hijas, comprehendio mejora de tercio y quinto, que es de lo que podia diſponer, y hazer de mejora; y quedô con eſto impedido de poder hazer otra mejora, vt conſtat ex dict. l. 26 Tauri, ibi: *Para que a el ni a otro no pueda mejorar.* En que aduertimos la negatiua precedente a el verbo *Pueda*, quæ adimit poteſtatem, ex ſupra tradditis.

34 De aqui reſulta tambien, que ſupueſta eſta donacion q̃ fue irreuocable, vt ſupra traddidimus, importa poco que por el teſtamento y donacion que hizo mejoraſſe a Doña Angela, porque ya ſe hallaua impedido con la que induze la ley 26. de Toro, de la donacion que el padre haze a los hijos, y no podia hazer otra lege reſiſtente. De modo que ſi la otra parte ſe quiere valer de la promeſſa de dote, por ella no la pudo mejorar el padre, por la prohibicion de la ley de Madrid. Y ſi quiere valerſe de el teſtamento y donacion de vn miſmo dia, tampoco puede, porque ya eſtaua hecha otra mejora, induzida de la donacion vinculada antecediente, por la ley de Toro.

35 Y en eſte concepto, y para eſte fin de la ſucceſsion igual entre las hijas (quando no para el vinculo) a lo menos para excluir la pretenſa deſigualdad de mejora, no ſe puede ha-

zer retrotraccion, porque para ella es necessario que los extremos sean habiles. l. bonor. D. 1 é ratā haberi. l. necessario. § quod si pendente, vers. 1. *Sanè si pendente conditione*. D. de periculo, & commu. rei vend. Anton. Gomez in l. 45. Tauri. n. 93. Gutierr. in. §. sui. n. 197. instit. de suis & leg. hæred. y q̃ no aya medio que lo impida, ex supra tradditis. Y aqui todo falta, porque el extremo ad quem, contiene nulidad de de ley; y el extremo à quo, nulidad de contracto de la donacion, legem enim contractus dedit, y se halla impedida con el medio de la misma donacion.

36 Y a esto no puede causar embaraço el que la donacion se hizo en fauor de todas tres hijas, y assi no parecia que se podia induzir mejora, pues no auia mas herederos, y ninguna quedaua mejorada supuesto que todas quedauan iguales: porque antes este discurso haze mas justificada esta pretension por dos razones. La primera, porque por la misma razon que vn padre que tiene solo vn hijo puede mejorarlo, ad late traddita per Parlad. lib. 1. quotid. cap. 7. per totum; y en terminos del padre que tiene sola vna hija, que puede mejorarla etiam ratione dotis, & cadit melioratio in vnica filia. Baeça de non meliorandis, cap. 9. y en fauor de todos los hijos etiam potest fieri melioratio, Angulo de meliorat. in l. 1 1 glos. 10. n. 4. Y en nuestro caso no tiene duda, saltim para dos efectos: el vno para que sucedan igualmente las hijas: el segundo, para poder vincular el tercero y quinto, aun quando no huuiera consentimiento de las hijas: que en este caso no ay duda de que se pudo hazer mejora a todas para estos efectos, y por la misma razon puede tambien mejorarlas a todas tres, aunque no aya mas herederos.

37 La segunda, porque conforme a la ley 22. de Toro, si el padre, o la madre prometieron de no mejorar a alguno de sus hijos, y passò sobre ello escritura publica, no puede hazer mejora de tercio ni de quinto, y si la hiziere que no valga, alterando con esto lo dispuesto por Derecho comun, cō forme a el qual este pacto no valia, tāquam impeditiuum libertatis testandi. l. pactum quod dotali. C. de pactis. l. stipulatio hoc modo concepta, de verbor. oblig.

38 Neque obstat que la ley 22. de Toro hable en pacto de no mejo-

mejorar, y el de la donacion fue de que sucediessen igualmente todas tres hijas en los bienes de la donacion, y que siendo ley correctoria no se ha de estender a otro caso mas de aquel en que habla, iuxta brocardicam regulam, quam in terminis dict. l. 22. traddit Azeuedo in. l. 6. in princi. tit. 6 lib. 5. recop. & præter eum in indiuiduo Suarez in l quoniam in prioribus, in declarat. l. Regni. q. 9. nu. 13. cũ seqq. vbi constituye diferencia entre el pacto de suceder igualmente, y el de no mejorar.

39 Sed hoc est infœlix argumentum, porque entre estos dos pactos no ay diferencia alguna mas de en la formalidad de las palabras, porque el que dize que todos ayan de suceder igualmente, promete por precisa consequencia, q̃ no pueda ser mejorado alguno: textus est formalis, & ad literam in dict. l. pactum quod dotali, adonde en vn contracto matrimonial se puso pacto de suceder igualmente, y como illo iure, el pacto que impedia la libertad de testar, era inualido, anulò tambien dict. l. pactum quod dotali, el pacto de succedendo æqualiter, y no lo anulara si no excluyera por el la facultad de auentajar, o mejorar a los otros hijos: & sic textus indiuidualiter probat, q̃ el pacto de suceder igualmente, es lo mismo que el pacto de no mejorar. Idemque patet ex scribentium commune placitum, præcipue ex Decio ibi num. 7 & cõs. 184. quem sequuntur plures, quos refert Azeued. in d. l. 6. n. 6. Gomez in l. 22. Taur. n. 19. vers. Aduertendum tamen, vbi poniendo el caso a la ley pac tum quod dotali, vsa promiscuamente de ambos terminos de suceder igualmente, y de no mejorar: idem patet ex Tello Ferdinandez ibi num. 1. & expresse, docteque traddit Dñs Larrea decis. 36. n. 13. vbi num. 3. quod pactum affirmatiuum, de æqualiter succedendo, contiene en si el pacto de non meliorando, porque es impossible suceder igualmente en auiendo alguno mejorado; vbi per totam decisioné eruditè prosequitur materiam.

40 Lo tercero, porque la donacion y vinculo, y clausulas de el estan hechas por el padre, por si y en nombre, y en virtud del poder que todas tres hermanas le dieron en esta forma: *Para que pueda auincular, y auincule todos y qualesquiera bienes, rayzes y muebles que a nos pertenecen, y puedan pertenecer por la herencia*

rencia, y legitima de la dicha Doña Maria Abarca nuestra madre, que Dios aya. Y assimismo todos los bienes que nos puedan pertenecer de la herencia, y futura sucession de el dicho Antonio de Espinosa nuestro padre hypotecandolos, y auinculandolos con los grauamenes y condiciones que le pareciere, que las escrituras que en razon de ello hiziere, nosotras las auemos por firmes agora, y en todo tiempo, como a su otorgacion presentes fuessemos, que todo aquello que en razon de ello hiziere, y para ello fuere necessario, esse poder le damos tã bastante quanto ha lugar de Derecho, sin limitacion ni reseruacion de cosa alguna, y a el cumplimiento obligamos nuestras personas y bienes en forma comun de Derecho, &c. Y a mayor abundamiento juramos a Dios, y a vna Cruz, que entendemos bien el efecto de este poder, y no alegaremos que para lo otorgar emos sido apremiadas por el dicho Capitan Antonio de Espinosa nuestro padre, ni que somos menores, &c. Y juramos segunda y tercera vez, q̃ no tenemos fecho otro juramento ni reclamacion en contra, y si pareciera no valga, sino q̃ valga este poder.

41 De este poder, y del vso de el, con la donacion vinculada hecha inter viuos, con las clausulas de irreuocabilidad que tiene, parece haze indubitable esta pretension. Suponiendose, que en la promessa de dote que dize D. Luis Benitez le hizo Antonio de Espinosa su suegro, no interuino Doña Angela su hija, ni por todo el pleyto consta, ni jamas se ha alegado tal cosa, ni que tuuiesse noticia de ello, conque para lo que a ella toca, no tuuo impedimento que la estornasse el dar el dicho poder. Tambien se ha de suponer q̃ Antonio de Espinosa en el acto de la donacion, hizo y represen tô dos partes: la vna, por si como donatario: y la otra, por sus hijas en virtud de su poder, que le dieron todas juntas en vna misma escritura: y no es nueuo en el Derecho, que vna & eadem persona vice duarum substineat, l. tutorum, D. de ijs quibus vt indignis, Baldus cons. 167. circa finem. vers. Ad hoc facit, lib. 1. Castrens. cons. 250. & 313. lib. 1.

42 De que se infiere lo primero, que como queda dicho, en la parte que tocare a las legitimas maternas, corre con toda llaneza la qualidad del vinculo, vt supra attingimus, pues todas tres correspectiuamente lo fundaron (lo mismo es que cõ su poder lo aya hecho su padre, ex regula *Qui per alium facit*, deducta ex l. 1. §. deiecisse videtur, D. de vi, &

vi armata, cum vulg. (y assi es incompatible que valga respecto de las dos, y no de la otra: quiçâ reconociendo esto no se ha apelado de las sentencias que mandaron guardar, y conseruar el vinculo.

43 Lo segundo, que lo mismo corre para en quanto a lo q̃ toca al padre, no solo en quanto a la conseruacion del vinculo, sino tambien para que no pudo hazer mejora a ninguna de sus hijas, respecto de que por la dicha donacion que induze mejora, para suceder igualmente ay contracto hecho por ellas mismas, y su padre en su nombre, y en virtud de su poder, irreuocablemente con todas las clausulas que quedan referidas: y assi este pacto hecho entre todos de suceder igualmente, siendo con consentimiento de el padre, pues el mismo lo hazia, con su poder, es valido, eficaz, y se debe obseruar, mayormente estando reualidado como lo està con juramento repetido segunda y tercera vez. Cap. quamuis pactum de pactis, lib. 6. cum vulgatis. Y quando tuuiera esto alguna duda, se auia de seguir la disposicion q̃ induze igualdad en las sucessiones de los hijos, vt latè tradit tam de iure diuino, quàm humano Dñs Larrea dec. 36. n. 13. & 15.

44 Lo tercero, que por la misma razon, para la validacion y irreuocabilidad de esta donacion, no fue necessaria aceptacion de las hijas; porque como el padre exercia por su persona, y en virtud del poder de las hijas, el hizo vno y otro con solo hazer la donacion, y en vn mismo acto vsar de el dicho poder, para escusar la disputa si era necessaria acceptacion de las donatarias, de qua Angulo, Morquecho, & Mieres, quos & alios refert Dñs Castillo lib. 5. cap. 151. n. 3. & 19. Como quiera que a mayor abundamiento està probado que las hijas se hallaron presentes a el otorgamiento de la escritura: memorial fol. 11. en la 4. preg. numer. 16. Y en el poder dizen que su padre haga la fundacion como si ellas estuuiessen presentes: sin embargo de que lo mas cierto es que no necessitaua de aceptacion, maximè attenta l. 2. tit. 16. lib. 5. recop. latè addit. ad decis. 8. Antonij de Gamma num. 2. Molina Theol. 2. tom. disput. 236. Y auiendose hallado presentes, no es necessaria mas acceptacion: alter Molina dict. lib. 4. de primog. cap. 2. n. 76. vbi addit Men-

chaca controuerſ.illuſtr.cap.62.n.11.Dñs Caſtel.tomo 5. cap.80 n.8.Mieres.1.p q.36.n.88.

45 Lo quarto,que con eſta donacion, en quanto contiene ſucceſsion igual entre las hijas,que como queda dicho, es lo miſmo que pacto de no mejorar,no ſe contrauino a la promeſſa de dote antecedente por vn dilema indiſſoluble, porque ò la dicha promeſſa fue con exceſſo a la quantidad de la legitima, y en eſte caſo ella miſma traia conſigo la nulidad en el exceſſo; y el pacto de la igualdad no le hizo mas perjuyzio que contenia en ſi miſma la promeſſa, la qual el ſeñor Larrea dize, dict.deciſ 36 n.1.quod ipſo iure eſt nula. O la dicha promeſſa era igual, y no contenia exceſſo; y entonces lo miſmo contiene la dicha donacion ſin nouedad alguna en quanto a la igualdad.

46 Y de eſta donacion no ſe puede induzir mejora en fauor de D. Angela deſigual a ſus hermanas. Lo primero, porq̃ no ſeria cũplirſe lo q̃ contiene la miſma eſcritura q̃ tantas vezes repite la igualdad tanto a vna como a otra. Lo ſegundo, porque con eſte acto ſi ſe induzia por el la mejora deſigual en fauor de Doña Angela, incurria en la miſma prohibicion de la ley de Madrid, pues per indirectum ſe contrauenia a ella, y le remitia con ello el derecho de anular el exceſſo de la dote: argumento textus in l.ſi ſponſus.§.ſi maritus hæres.D.de donat.inter. *Vbi non adire hæreditatem, quam maritus potuit adire*; ſi de ello reſulta vtilidad a la muger, *dicitur donatio*, prohibida por Derecho, & facit textus in l.donari 29.de donat.l.1.§.ſecundum.D.de leg.3.

47 El miſmo defecto de nulidad contiene la donacion, y clauſula de teſtamento, en que prohibe Antonio de Eſpinoſa que ſus hijas llamen a colacion y particion a Doña Angela, con pena de que ſi la llamaren, la mejora en tercio y quinto de ſus bienes: de eſto ſe colige con euidencia, que el padre reconocio el exceſſo de la dote, y que quiſo remediarlo con eſta prohibicion per indirectum, contra bene fundatam iuriſprudentiam: arg.l.hoc modo legato 64.D.de cond.& demonſtrat: Siendo aſsi que la miſma ley de Madrid prohibe y anula la mejora hecha tacita o expreſſamente: y por neceſſaria conſequencia todos los medios que ſe tomaren en fraude de la miſma ley, vt late traddit Baeça de

non

non melioran.cap 30 per totum,& ex Theoricis maximo Guiacio & ex Decio practicorum Principe, traddit Dominus Larrea dict. decis. 36. n. 4.

48 Esto es demas de lo que dexamos dicho y fundado, de q̃ no pudo hazer mejora Antonio de Espinosa, respeto de la donacion irreuocable que auia hecho en fauor de todas tres hijas. Y tambien porque, como queda dicho, la ley de Madrid anulò ipso iure las mejoras hechas a las hijas por via de casamiento, y por la donacion y clausula de testamento no se puede confirmar, quia habet principium nullum, & prohibitum â lege, super quo confirmatio cadere nõ potest, ex reg. quod ab initio, de reg. iur. maximè quando nullitas prouenit ipso iure, glos. fin. in cap. cum nos, de his quæ fiunt à Prælato sine cons. cap. Tiraquel in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. vers. Reuertatur num. 415. decis. Pedemont. Osasci Chacherani 34. n. 14. porque esta confirmacion sobreuiene como qualidad respecto de el sujeto de la mejora que se quiso hazer con la promessa de dote: y ya se sabe lo vulgar de que *Qualitas esse non potest sine subiecto* l. 4. § fin. D. de act. empti l. fin. D. de collat. bonorum. l. eius qui in Prouincia. § fin. vers. Quoniam D. si certum petatur: y el que confirma no dà cosa de nueuo, ex l. verbis C. de donat. inter. & in terminis tenet Azeued. in d. l. 1. de Madrid, tit. 2. lib. 5. n. 17 Gutierrez de iuram. conf. 1. p. cap. 59. n. 15. & 16. & faciunt traddita à Baeça cap. 2. num. 15. Y lo que mas es, que ni por via de testamento puede el padre mejorar a la hija quando estaua ya tratado el matrimonio, vt traddit Baeça de non meliorandis cap. 20. n. 15. ni aun despues de efectuado por via de contracto, idem Baeça cap. 5. n. 11. todo esto es para euitar el fraude que se haze a la ley.

QVOAD TERTIVM.

QVe Doña Angela y Doña Ynes han de traer a colacion y particion todo lo que han recebido de bienes del dicho Antonio de Espinosa, con frutos y rentas desde el dia de la contestacion de la demanda, para que por su justo precio y valor se junte con la demas hazienda, y se diuida todo igualmente.

49 La resolucion de este Articulo tiene gran dependencia de el precediente, porque sino se pudiesse obligar a Doña Angela a que traxesse a colacion los bienes que ha recibido por titulo de dote, se siguiria que por este camino se le haria fraude a la ley de Madrid, porque se vendria a quedar con la demasia de la dote; y mucho mas si se huuiesse de executar la clausula de el testamento de Antonio de Espinosa, y la donacion que hizo el mismo dia de el testamẽto, en que mandô, que las demas hijas no la prouoquen a la particion de sus bienes, y que si la prouocaren, la mejora en tercio y quinto.

50 Y aunque conforme a la Authentica ex testamento. C. de collationibus; & l. 3. tit. 15. part. 6. si el padre dixesse en su testamento, que no queria que le contassen en su parte la dote, lo puede hazer, y se debe obseruar, y por la ley 29. de Toro tienen obligacion a traer a colacion y particion las dotes, y donaciones las hijas, y sus maridos, pero si se quieren apartar de la herencia lo pueden hazer: esto no se puede aplicar a nuestro caso, ni practicar despues de la ley de Madrid, que pone tassa a las dotes.

51 Lo primero, porque aun en los terminos de Derecho comun, y de la ley de la Partida, en que el padre podia disponer que los hijos no traxessen a colacion las dotes, y donaciones que les huuiesse dado, y hecho, y en los terminos tambien de la ley de Toro, todavia no procedia si excedia de la legitima, en terminos de Derecho comun, y despues de la ley de Toro, si excedia de la mejora de tercio y quinto en que podia mejorar a sus hijos, vt ex Authẽtica vnde si pater. C. de inoff. test. & ex Bald. notat Greg. in d. l. 3. glos. 7. & probat dict. l. 29. Tauri, vbi: *Saluo si la tal dote, y donacion fuere inoficiosa.*

52 Lo segundo, porque para dezirse oy la dote inoficiosa, basta que exceda de la legitima, pues conforme a la ley de Madrid, no se le puede dar en dote a la hija mas de lo que le puede tocar por legitima sin exceder de esta quantidad, y assi el padre que excede de la tassa y limite que le puso la ley, para las dotes, contra rationem officij facit, & rectè dos inofficiosa appellatur, argumento l. 1. C. de inoffi. donat. quia facta est contra officium paternum erga liberos,

vt

vt hi à debitis emolumentis pribentur l. 1. C. de inoffic. dotibus.

53 Lo tercero, porque en terminos de este pleyto, y de la dicha donacion, y clausula de testamento, es cosa cierta que no puede el padre prohibir a los demas hijos que llamen a colacion a la hija dotata, vt in terminis traddit Baeça de non meliorandis ratione dotis filiabus, cap. 30 n. 15.

54 Y para ajustar si esta dote es excessiua, o inoficiosa, que en mi sentir todo es vna cosa, precisamente se ha de hazer el ajuste, trayendo a colacion, y particion lo q̃ recibiò, para que se haga computo con los demas bienes y el aprecio de ellos (eligiendo el vno de los dos tiempos) pues de otra suerte no es possible ajustarse, si bien esta eleccion ya la tiene hecha Dō Luys, o reconocido q̃ no es menester, porque dize que en qualquiera de los tiempos no es excessiua. Y si esto es assi, ociosamente ha seguido vn pleyto tan largo y costoso, y venido de Prouincias tan dilatadas en su seguimiento, sin duda que con esto se reconoce, que el excesso es intolerable.

55 Pero aun quando no huuiera esta presuncion de el excesso de esta dote, bastaua otra que resulta de los mismos instrumentos, scilicet, el afecto con actos geminados que mostrò el Capitan Antonio de Espinosa en el testamento, y donacion, prohibiendo que no llamassen las demas hijas a colacion y particion a Doña Angela y su marido, imponiendoles la pena de mejora si la llamassen, y esto claro està que fue porque reconociò que la dote era excessiua, porque si fuesse igual poco importaua que la llamassen a colaciō. Estas presunciones, y el huir Don Luys de que se traygan a colacion los bienes de su dote, parece que hazen indubitable la pretension en este Articulo. Si bien por nuestra parte no auia obligacion de probar que la dote fue excessiua, y quien auia de probar q̃ no lo era, sino igual, y ajustada a la legitima, era Don Luys Benitez y su muger, vt ex pluribus traddit Dom. Præses Couar. lib. 2. variarum, cap. 6. n. 4. & in simili Rodericus Suarez in l. 1. tit. de las arras, versic. *Circa hanc partem*.

56 La estimacion en que se ha de considerar la heredad de el Altrambra, es el q̃ por esta parte està probado cō mayor

 numero

numero de testigos,que es de veinte mil ducados, porque todos los testigos concluyen que es de las mejores que ay en aquella tierra, y tiene su casa y bodega, y dos lagares, agua perpetua, y libre de barrancos, y, y que se cogen de ochenta a nouenta botas, o pipas de vino, que comunmente valen à treinta ducados. De modo que vale el fruto cada año de dos mil y quatrocientos à dos mil y setecientos ducados. Y quando tenga quinientos ducados de costa de beneficio, y aunque tenga mil ducados, quedan libres mas de mil y quinientos ducados cada año de prouecho, que el principal vale mas de treinta mil ducados: conque esta parte tiene ofrecido el tomarla en veinte mil ducados en la parte q̃ le tocare por su legitima, y si no le perteneciere tanto, pagarà el excesso.

57 Dos reparos se hizieron à esto en la Vista deste pleyto: el vno, que el Procurador desta parte no tenia poder para este ofrecimiento: el otro, q̃ no le podian pertenecer a nuestra parte por sus legitimas veinte mil ducados, y q̃ no auia de litigar Don Luis Benitez por el excesso. A que se satisfaze con facilidad: conque si se determinasse que se diesse à esta parte la heredad en los veinte mil ducados, se podia dezir; Conque si no cupiere en la legitima, pague el excesso: y no pagandolo, la traygan a colacion Don Luis Benitez en doze mil ducados, como el mismo lo ofrecio en su peticiõ que dio en Canaria, que està en el pleyto fol. 217. buelta, adonde dize estas palabras: *Y mi parte se allana debaxo de la protesta suso referida, que la viña que se le dio en dote, le den las contrarias, o qualquiera de ellas doze mil ducados en contado; y no queriẽdolo hazer, mi parte la tomarà en este precio: y no queriendo acetar lo vno, o lo otro, se venda y ponga en publico pregon, &c.* Y porque no està aduertido esto en el Memorial, suplicamos a V.S. que se ajuste con el pleyto.

58 Tambien ha de traer a colacion y particion el valor de la mitad de la cosecha de la dicha viña, que se le dio en la carta de dote, que està probado que valia mil y quinientos ducados, y conforme a las cosechas que se cogen ordinariamẽte, que apuntamos arriba, valia poco menos, mayormente que estaua ya hecho todo el gasto de el beneficio, porque la dote se prometio en 17. de Abril, quando ya està hecho todo

do

do el beneficio de las viñas, y el fruto pendiente. Y vn tributo de treinta y vna fanegas de renta en cada vn año, que los testigos dizen valia de veinte y vno a veinte y dos ducados el principal de cada fanega, que aunque se modere a veinte ducados, vale mas de seiscientos ducados. Y la otra parte tiene articulado en esta instancia a la quinta pregunta, que vale cada fanega de trigo de tributo a mas de a veinte ducados: y en dicha peticion fol. 217. se allana a tomar este tributo apreciado a veinte ducados cada fanega. Y el axuar y adereços de casa, que valia mil ducados: lo qual es muy verisimil en vna casa tan rica como era la de Antonio de Espinosa: y aunque en esto està corta la probança en quãto a el valor de ellos, en quanto a la promessa fue de mil ducados en omenage de casa, como consta fol. 18. Y tambien dize vn testigo, que es el Padre Fray Fernando de el Hoyo, que le dio Antonio de Espinosa a Don Luis vna cadena de oro, y lo mismo dize Bartolome Benitez de el Hoyo: y la otra parte en dicha peticion fol. 217. confiessa que se le dieron mil ducados en dinero por axuar y oro. Tambien ha de traer a colacion diez mil ducados que recibio en contado, como se fundarà en el Articulo siguiente.

59 Y finalmente la otra parte no puede escusarse de venir y traer a colacion y particion todo lo que ha recebido, porq̃ en peticion que presentò en Canaria en 30. de Enero de 645. que està en el pleyto fol. 225. dize estas palabras: *Es assi que quieren llamar a mi parte a la particion por razon de dote inoficiosa, mis partes vienen desde luego en ello.* Y en el poder que Doña Angela dio con licencia de Don Luis Benitez su marido para seguir este pleyto en esta Audiencia, que està a fol. 326 se nombra, *Hija y heredera del Capitan Antonio de Espinosa, y Doña Maria Abarca sus padres.* Conque expressamente tiene aceptada su herencia, ex. l. gerit. l. pro hærede D. de adquir. hæred. Y con esto no puede escusar el venir a colacion y particion, y traer a ella todos los bienes q̃ recibiò por dote, o en otra qualquiera manera, ex. l. 29. Tauri, con frutos y rentas, saltim à die contestationis, en lo que huuiere excedido de la legitima, Baeça de non meliorand. cap. 33. per totum, præcipuè num. 11. & seqq.

QVOAD

QVOAD QVARTVM.

QVE es cierto, y està probado; que demas de los bienes contenidos en la carta de dote de Dō Luys Benitez, recibiò otros diez mil ducados, que ha de traer tambien a colacion y particion con los demas bienes que ha recibido: y en particular Doña Ynes dos partidas, que montan nouenta y vn mil y nouēta y nueue reales de plata y oro.

61 Este Articulo tiene su justificacion con la probança que està hecha por Don Luys de Mesa cō testigos y presunciones, que parece hazen indubitable esta pretension.

62 Lo primero, con la declaracion de el Padre Fray Hernando del Hoyo, Sacerdote Religioso de santo Domingo, y Prior de su Conuento, que a la sexta pregunta, q̄ està inserta en el memorial, fol. 11. num. 18. concluye la promessa, y entregò de estos diez mil ducados, y otras circunstancias, que califican su deposicion: porque dize: *Que respecto de que no se puso en la carta de dote esta partida, Don Luys Benitez le dio vn finiquito de ella a su suegro: y que despues hizo testamento en que lo declarò, y dispuso la forma de la restitucion de los diez mil ducados, en caso que no tuuiesse hijos, y que lo entregò a Francisco de Rojas Escriuano, que despues se lo pidiò Don Luys, y escusandose el Escriuano de entregarselo, en efecto se lo sacò; y se lo entregò a el testigo, el qual lo entregò a su suegro, que lo guardò en vn escritorio, y que para mas seguridad Don Luys hizo vna donacion a Doña Angela, con quien casò despues, de la misma quantidad, y en el articulo de la muerte de Antonio de Espinosa ratificò esta donacion, señalando bienes para ella el dicho Don Luys Benitez.*

63 Como este testigo es de tanta autoridad, y su deposiciō tan concluyente; la otra parte ha afectado mucho el tacharlo: y assi le opone, que era hombre de aspera y terrible condicion, colerico, y vengatiuo, y enemigo de Don Luys Benitez, y de su muger, y que solicitaua testigos contra ellos, y que a vno hizo que se retratasse. Pero ni se dà causa de enemistad, ni los testigos la concluyen, y no dandose causa de enemistad ni probandola, se tiene por ilegitimo este defecto, Menochius de arbitrar. casu 110. Farin. de testib. q. 53. n. 52. ni aū dizen los testigos cosa de fundamēto,

como consta del memorial, fol. 21. num. 41. porq aunque aqui se insertaron algunas deposiciones de testigos de vn Articulo criminal, de que luego trataremos, no ay cosa de fundamento para probança de tacha considerable contra este testigo.

64 Antes viene a ser mayor de toda excepcion, y a quien se le debe dar credito grande. Lo primero por ser Sacerdote Religioso, y a los testigos mas dignos se le da mas credito que a los que no lo son, aunque estos son mas en numero, Farin. de test. quæst. 65. num. 120. y deudo por dos partes de Don Luys Benitez, y primo hermano de Doña Angela de Espinola su muger. Lo segundo, porque su deposicion està quoadjubada con los demas testigos, y en particular con la declaraciõ de Bartolome Benitez del Hoyo, deudo de Don Luys, que contesta con el Padre Fray Hernando, en quanto a el testamento, y donaciõ, *dize q̃ se hallò presente quando se entregauan los diez mil ducados, y assistiò a ver contar hasta tres o quatro mil ducados, y los dexò contando, y se fue a su casa, y despues boluiô, y hallô que se auian acabado de cõtar, y entregar al dicho Don Luys, y que el mismo se lo dixo, y que en este entrego nunca huuo duda, porque el testigo supo que Antonio de Espinosa tenia pronto el dinero para entregarlo*: y dize otras circunstancias, que no se ponen extensamente en el memorial, y assi conuiene que se vea, porque pretendemos que este testigo es conteste con Fray Hernando: y dize tambien *como el testamento de Don Luys, en que mandaua restituir los diez mil ducados, se entregò a Antonio de Espinosa, y que lo guardò en su escritorio.*

65 Y aunque a Bartolome Benitez se le opone tacha de enemistad, se excluye conque no se dà causa para ella, antes consta que tiene el mismo parentesco a Don Luys Benitez, que el Padre Fray Hernando, porque son hermanos, ni los testigos concluyen enemistad, ni causa de ella, y està tan lejos de ser su enemigo de Don Luys, que el mismo le dio poder para que por el se desposasse con la dicha Doña Angela, como consta de el pleyto a fol. 224. Buelta, q̃ esto no se aduierte en el memorial.

66 Ay otros muchos testigos, de auer visto entregar mucho

G dinero

dinero Antonio de Espinosa a Don Luys Benitez, y de algunas otras circunstancias, que parece hazen muy verosimil esta pretension, porque algunos dizen de confession de Don Luys Benitez, de auer recibido estos diez mil ducados en dinero, y que auia vna cedula de claridad en esto, memorial, fol. 15. plana primera.

67 Pero lo que a mi me tiene vencido es, que es cosa constante, y confessada por las partes, y consta del pleyto, folio 173. que dos dias antes que se prometio la dote, le hizo Dō Luys a su muger vna donacion de otra tanta cantidad de diez mil ducados, que fue el resguardo de los que se le dieron fuera de la carta de dote; y el auer sido tan cercano vno a otro, y de la misma cantidad, haze gran presuncion faciunt traddita à Farinac. de simulat. q. 162. num. 154. y hecha la donaciō por vn Cauallero, que no tenia desigualdad con la desposada, antes en la donacion dize q̄ es su prima, y le dà por motiuo el parentesco, y regalos que le ha hecho, sin hazer mencion del casamiento que dize D. Luys estaua capitulado desde el año de 638. parece que haze indubitable la certeza de la promesa y entrego deeste dinero. A que se llega el afecto que Antonio de Espinosa mostrò a esta hija, y a el casamiento con Don Luys, y los resguardos de prohibir a las hijas el llamarlos a colacion y particion, y resguardarse con la donacion, y con hazerla ratificar quando se estaua muriendo, y auiendo estas conjecturas, summenda est præsumptio exclusiua donationis, Campanius D. de operis libert. Bald. in l. 1. C. ad S. C. Velleia. Mascard. concl. 555.

68 Maximè que està probado a la 8. & 9. pregunta, memorial, fol. 13. num. 20. & 21. que quando muriò Antonio de Espinosa quedô Don Luys Benitez por dueño de la casa, y de lo que auia en ella, y que la justicia quiso hazer inuentario, y lo estoruò Don Luys, y descerrajô los escritorios, y sacò los papeles que en ellos auia, y claro està que se lleuaria el testamento en que auia declarado el recibo de estos diez mil ducados, y mādaua se restituyessen a su muger, y el finiquito que dize el Padre Fray Hernando, quæ instrumēta præsumuntur subtracta ab eo cui nocere poterant, Authentica ad hoc. §. illa etiam. C. de latina lib. tol. Gratianus discept. fo ren. cap. 262.

Tam-

69 Tambien se aduierte para mas credito de esta probãça, y que se tenga por bastante, que esta promessa y entrego se hizo ocultamente de noche, y afectando mucho el secreto para q̃ no se tuuiesse noticia de ello, para defraudar a la ley de Madrid, y a las demas hijas de Antonio de Espinosa, con q̃ por culpa, y hecho de Dõ Luys se hizo de dificultosa probança, y assi con menor basta para que se tenga por biẽ probado, faciunt tradita à Barbosa in l. diuortio. §. ob donationes, num. 27. D. solu. matrim. vbi admittit compensationem de non liquido ad liquidum, quãdo ex facto aduersarij non potest liquidari, y siẽdo hecho el entrego de noche, y en casa de Antonio de Espinosa, se tiene por dificultosa probãça, y basta menor para que se tenga por probado, ex Farin. de testibus. q. 62. limit. 3. num. 55. & q. 65. num. 65. Maximè quando se alega esta ocultacion y fraude por vn tercero que no interuino en ello, ad exemplum simulationis probationis, quando allegatur simulatio ab ipsis que le hizierõ, tunc plenè debet probari: at verò quãdo à tertio allegatur, qui in ea non interuenit, sufficit minor probatio, Farinac. de simulat. q. 162. num. 99. A que se allega que esta fue vna confiança que Antonio de Espinosa hizo de Don Luys, la qual se prueba con testigos, aũque no sean mayores de toda excepcion, y singulares, y cõjecturas, Fab. lib. 4. C. tit. 14. dif. 12. & 13. Farinac. 4. parte, decis. 388. n. 1.

70 Y tambien Doña Ynes ha de traer a colacion y particiõ dos partidas que recibiò de los bienes de su padre, de q̃ cõsta por carta de pago ante Escriuano, que està en el pleyto, fol. 64. buelta, y no se puso en el memorial: la vna de quarenta y tres mil y setecientos y diez y nueue reales, q̃ sacô de vn escritorio de su padre, y los dio a guardar a Don Luys Benitez, y el se los boluiò a entregar a la dicha D. Ynes: y otra de quarenta y siete mil trecientos y ochenta reales, q̃ dize le pagô Don Luys Benitez, que ambas montan nouẽta y vn mil y nouẽta y nueue reales de plata y oro, de que tambien se haze mencion en la escritura de concierto que se hizo entre Don Luys Benitez y su muger, con D. Christoual de Salazar y Frias, quando casò con Doña Ynes de Espinosa, que està en el pleyto a fol. 256. y todas han de

traer

traer a colacion y particion las demas partidas que huuieren recebido.

71 Y finalmente pro coronide aduertimos, para enquanto a la probança de Don Luis Benitez y descredito de su preteśion, el auerse valido por testigo de Antonio Hernandez el qual despues de auer declarado en fauor de Don Luis, se desdixo y corrigio, diziendo que auia declarado a instācia y persuasion de Don Luis, y aunque se le dio tormēto, persistio en lo mismo, de que no era cierto lo que auia dicho como testigo presentado por Don Luis Benitez, y q̄ lo auia declarado a su instancia y persuasion, y lo que auia declarado como tal testigo, era que no se auia hallado ni sido testigo en la escritura de fundaciō del dicho Vinculo, siendo assi que realmente lo fue, y està puesto por tal en la escritura de fundacion, como consta a fojas 9. de el pleyto. Con lo qual concurre que ay tres testigos que deponen como Dō Luis Benitez descerrajò dos escritorios de Antonio de Espinosa, y vno de los testigos es el mismo q̄ los descerrajô, y dos testigos, que anduuo reboluiendo los papeles, en que estauan muchos de importancia: y vn testigo, que presume y tiene por cierto que alli tenia los papeles en que declaraua el recibo de los diez mil ducados: y otros de confessiō de Don Luis, y de afirmatiua que alli tenia Antonio de Espinosa el recibo de los diez mil ducados, Memorial fol. 14 n. 21. Y assimismo està probado que el dicho Don Luis le ofrecio a Matheo del Hoyo Escriuano docientos ducados, porque le entregasse la escritura de fudacion del dicho Vinculo, para efecto de consumirla, a lo menos entre renglonarla, poniendo entre renglones que se conseruasse el Vinculo mientras sus hijas no dispusiessen otra cosa. Assi lo depone el Escriuano, y dos testigos de confession extrajudicial del dicho Don Luis Benitez.

72 De esto se infiere comprobacion del recibo de los diez mil ducados, y el poco credito que se debe dar a la probança de Don Luis Benitez, que con tanto afecto ha procurado ocultar lo cierto y verdadero, y por la regla semel malus se toma presuncion para contra los demas actos y probanças; quia semel calumniatus semper calumniari præsumitur. l. non omnes. §. â Barbaris. D. de re militari, decis.

Pede-

Pedemontana 117 n.11.& Salomon in Prouerbiis ex ſtudijs ſuis intelligitur puer, Diuus Hieronymus ſuper Oſſeã, cap. 8. *Quod ex prius datis & neglectis apparet quod & has negligent: & qui in vno peccat, factus est omnium reus.*

73 Y aun ſe puede pretender que el litigante que ſe vale de eſtas incertezas en materia tan graue y importante, pierde el derecho que pretende en el pleyto en q̃ ſe valio de ellas, quia qui vtitur falſis teſtibus perdit cauſam, Afflict. deciſ. 189. Surd. deciſ. 265. & 282. & qui de falſo iuraméto calũniæ eſt cõuinctus. l. 2. tit. 7. lib. 4. Reco. & falſans acta cauſæ. l. in fraudẽ. §. quoties. D. de iure fiſci, vbi Andræas Siculus, col. fi. Cardinalis in cap. olim, notab. 12. de reſcript. Y quãdo ſe tuuieſſe alguna duda enla probãça del entrego de los diez mil ducados, ſe auia de diferir enel juraméto in litẽ de nueſtra parte: maximè quãdo ſe procede cõ dolo y fraude. l. ſi cum dos. §. 1. D. rerum amotarum, ibi: *Si mulier res quas amouit, non reddat æstimari debere, quanti vir in litem iuraſſet*, cap. in literis, de iure iur. Y aunq̃ la cantidad ſea grande, ſi lo ſon tambien las preſunciones, y vehementes como en nueſtro caſo, vt ex Gregor. Lop. Ioſepho Ludouico, & ex ipſomet, cap. in literis, traddit Parlad. lib. 2. rerum quotid. cap. 18. num. 6. aunque no lo aya pedido la parte, vt traddit Greg. in. l. 2. tit. 11. Partita 3. verſ. *Iuzgador*, Paz in praxi. 1. part. 10. temp. num. 11. Cum quibus pro nobis reſpondendum ſperamus. Salva in omnibus tuæ celſitudinis dignisſima cenſura, cui omnia libentiſsimo animo ſubmittimus.

El Lic. Duran de Torres.